

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

42-14-CA

DANIEL RAY DOWNEY

DANIEL RAY DOWNEY

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Downey v. R., 2015 NBCA 25

Downey c. R., 2015 NBCA 25

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Baird

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Baird

Appeal from a decision of the Provincial Court:
December 4, 2013

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 4 décembre 2013

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2013 NBPC 25

Décision frappée d'appel :
2013 NBCP 25

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
February 11, 2015

Appel entendu :
le 11 février 2015

Judgment rendered:
April 23, 2015

Jugement rendu :
le 23 avril 2015

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Baird

Motifs de jugement :
l'honorable juge Baird

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Daniel Ray Downey appeared in person

For the respondent:
Kathryn A. Gregory

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed.

Avocats à l'audience :

Daniel Ray Downey a comparu en personne

Pour l'intimée :
Kathryn A. Gregory

LA COUR

L'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction and summary of facts

[1] The appellant, Daniel Ray Downey, was tried, convicted and sentenced for a criminal offence and sought release from custody pending his appeal. At the hearing for interim release, Mr. Downey tendered a fabricated (constructed) document which, had it been authentic, would have bolstered his submission there had been late Crown disclosure for the original trial. He was subsequently convicted of willfully attempting to obstruct, pervert, or defeat the course of justice by fabricating evidence, pursuant to s.139(2) of the *Criminal Code of Canada*, and sentenced to six months incarceration. He appeals that conviction.

[2] Mr. Downey raised the following grounds on appeal:

1. The trial judge erred in law by not ensuring that the Appellant was represented by counsel at trial and further erred by placing limitations on the defence thereby not allowing the Appellant to make full answer and defence contrary to S.7 of the *Charter of [Rights] and Freedoms*;
2. The trial judge erred in law by admitting into evidence (exhibits);
3. The trial judge erred in law by failing to dismiss the charges against the appellant due to pre-trial delay from the crown 11(b) *Charter of [Rights]*;
4. [Fresh] evidence;
5. The judge erred in not [taking] into count all [facts];
6. Miscarriages of justice;
7. Question of mixed law [and facts].

These latter issues were not fleshed out at the appeal hearing as grounds of appeal and will not be dealt with.

II. Analysis and Decision

A. *Trial delay*

[3] *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, [1990] S.C.J. No. 106 (QL), dealt with institutional delay within the context of s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The majority found the following to be significant considerations:

1. The length of the delay;
2. The explanation for the delay;
3. Waiver;
4. Prejudice to the accused.

[4] In *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, [1992] S.C.J. No. 25 (QL), the majority adopted an expanded approach. LaForest, Sopinka, Stevenson and Iacobucci JJ. agreed s. 11(b) of the *Charter* should be applied holistically. This approach was followed in *R. v. Lanteigne*, 2010 NBCA 91, 366 N.B.R. (2d) 1, per Bell J.A., as he then was:

The relevant jurisprudence regarding the right to be tried within a reasonable time is set out in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, [1990] S.C.J. No. 106 (QL); *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, [1992] S.C.J. No. 25 (QL) at paras. 31-64 and *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; and reiterated by this court in *Giberson v. R.*, 2010 NBCA 19, 356 N.B.R. (2d) 196 at para. 4; *Black v. R.*, 2010 NBCA 65, [2010] N.B.J. No. 287 (QL) at para. 13; and *Black v. R.*, 2010 NBCA 36, [2010] N.B.J. No. 171 (QL) [*Black (I)*]. It is now trite law that the following factors are to be considered by a trial judge in assessing whether a delay violates an accused's s. 11(b) *Charter* right:

1. The length of the delay;
2. Waiver of time periods;
3. The reasons for the delay, including:
 - (a) inherent time requirements of the case,
 - (b) actions of the accused,
 - (c) actions of the Crown,
 - (d) limits on institutional resources,
 - (e) other reasons; and
4. Prejudice to the accused.

Prejudice can be inferred in the case of excessive delays: *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, [1989] S.C.J. no. 119 (QL), at para 42; *Askov* at para. 67; *Morin* at para. 61; *Godin* at paras. 34, 37; and, *Giberson v. R.*, 2010 NBCA 19, 356 N.B.R. (2d) 196, at para. 6.

The standard of review in s. 11(b) cases is normally as set out in *R. v. Gray*, 2001 NBCA 51, 239 N.B.R. (2d) 83, (adopted in *Giberson* at para. 2):

The determination of unreasonable delay is, in large measure, a question of fact. Unless the trial judge made an error of law, this Court must show deference when asked to reverse a finding that an accused's right to be tried within a reasonable time has been violated. [para. 6]

In this case, however, the Court is being asked to respond to a pure question of law, namely, whether the period of a stay directed under s. 579 should be attributed to the Crown for purposes of assessing the reasonableness of a delay. On that narrow question, the standard is one of correctness. [paras. 9-11]

As a general rule, institutional delay raises issues of trial fairness, which should be assessed contextually.

[5] From the date of the first appearance before a Provincial Court, there were adjournment requests by both Mr. Downey and the Crown. Mr. Downey raised the issue of delay at the beginning of the trial; however, this was in reference to his not being able to secure and serve subpoenas in time. Again, at the end of his case, Mr. Downey opined there would be further delay, should the court allow the Crown motion to call rebuttal evidence. I note, parenthetically, that this was a delay of only a few days, but Mr. Downey did raise the issue. During the trial, he admitted his fault for one of the adjournments: “and it, I know it’s mostly my fault, to a certain degree [...]”.

[6] The request for a stay of proceedings pursuant to s.11 (b) of the *Charter* was raised by Mr. Downey for the first time on appeal. At no time did he request a stay of proceedings on the ground his *Charter* right to a trial without delay had been violated; therefore, the trial judge was never asked to rule on this question. As the issue of institutional delay was not put to the trial judge for determination, there is no decision on this element of the appeal to review. Even if it had been raised, there is no evidence to suggest Mr. Downey was prejudiced, or that he did not have a fair trial as a result of several adjournments at the request of both parties.

B. *State-funded counsel*

[7] Mr. Downey asserts his conviction should be overturned because he was not provided with state-funded counsel, thereby denying him the right to a fair trial as guaranteed in s. 7 of the *Charter*. He submits he could not effectively provide a full answer and defence. As a general rule, the onus is on the accused to prove he or she cannot properly represent him or herself at trial, and, in the interests of justice, requires state-funded counsel: *R. v. Rowbotham*, [1988] O.J. No. 271 (C.A.) (QL).

[8] In *LeBlanc v. R.*, 2005 NBCA 6, 279 N.B.R. (2d) 121 per Deschênes J.A., at para. 8, leave to appeal refused [2011] S.C.C.A. No. 214 (QL), this Court directed when an accused requests the appointment of state-funded counsel, the judge is generally required to consider the following factors:

1. The seriousness of the charge;
2. The possibility of imprisonment;
3. The complexity of the case;
4. The length of the trial;
5. The accused's capacity to conduct his/her own defence.

[9] Further, the respondent's submission that there is no "unqualified" right to state-funded counsel is consistent with what this Court stated in *R. v. Osborne*, 2003 NBCA 86, 268 N.B.R. (2d) 184. In *New Brunswick Legal Aid Services Commission v. R.*

and *Koumoutsidis*, 2006 NBCA 32, 297 N.B.R. (2d) 186, Richard J.A. reiterated the above, and added:

In the present case, Mr. Koumoutsidis did not lead any evidence in the Court of Queen's Bench to establish that legal representation would be essential to achieve a fair trial and that he lacks the financial resources to mount a proper defence. [para. 10]

[10] At the outset of the trial, the judge asked Mr. Downey if he was representing himself. When he confirmed he was, he added he had been denied legal aid. There was no mention of an appeal from that denial, but he advised the trial judge he suffers from a learning disability and dyslexia, and did have private counsel at one point. Mr. Downey did not request the appointment of state-funded counsel.

[11] The issue of state-funded counsel was first advanced by Mr. Downey on appeal. There was no inquiry conducted by the trial judge in this case, as Mr. Downey did not ask the court to rule on this issue. Indeed, even if he had, it is unlikely that state-funded counsel would have been ordered. This case was neither complex, nor lengthy. Mr. Downey was afforded every opportunity to present his evidence, and there is nothing to suggest he did not have a fair hearing. Throughout, the trial judge was considerate and respectful, and provided Mr. Downey with evidentiary explanations from time to time without giving him advice *per se*. There was sufficient evidence before the court to enable a proper adjudication of the issues.

[12] With respect to both trial delay and state-funded counsel, there are three prerequisites that must be satisfied to permit raising an issue for the first time on appeal, including a *Charter* challenge: (1) a sufficient evidentiary record to resolve the issue must be present; (2) the accused's failure to raise the issue at trial must not have been for tactical reasons; and (3) no miscarriage of justice may result from the refusal (*R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918, [1993] S.C.J. No. 82 (QL), at para. 20). These criteria militate against the appellant's position in the present case, and have been adopted by this Court in many recent decisions: *Brooks v. The Law Society of New Brunswick et al.*, 2015

NBCA 18, [2015] N.B.J. No. 78 (QL), at para. 3; *Langlais v. R.*, 2008 NBCA 20, 328 N.B.R. (2d) 201, at para. 5; *Black v. R.*, 2010 NBCA 36, 360 N.B.R. (2d) 132, at para. 3, leave to appeal refused [2010] S.C.C.A. No. 325 (QL); *Black v. R.*, 2010 NBCA 65, 363 N.B.R. (2d) 316, at para. 5, leave to appeal refused [2010] S.C.C.A. No. 469 (QL); *Hachey v. R.*, 2012 NBCA 14, 383 N.B.R. (2d) 197, at para. 5; *C.M.H. v. J.R.H.*, 2012 NBCA 71, 393 N.B.R. (2d) 154, at para. 29; *Downey v. R.*, 2012 NBCA 78, 392 N.B.R. (2d) 238, at para. 6.

C. *Trial judge bias*

[13] Mr. Downey opines the trial judge was biased as he had prior knowledge of his criminal record. There is nothing in the evidence to support this submission and, in my opinion, it has no merit and does not meet the test for bias set out in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, [1997] S.C.J. No. 84 (QL).

D. *Trial judge's discretion with respect to [fresh] evidence and exhibits*

[14] Crown counsel requested leave to call rebuttal evidence ostensibly to refute the evidence of defence witnesses concerning what and when certain information had been sent to the office of the Registrar of the New Brunswick Court of Appeal. Mr. Downey submits this evidence could have been offered by the Crown as part of its case, and secondly, that notice had not been given to him as required by s. 28 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5.

[15] Called as a rebuttal witness, the Registrar testified to the contents of her file and confirmed what documents were faxed to her office prior to the interim release hearing. Mr. Downey was given the opportunity to cross-examine the Registrar and he declined. The receipt of rebuttal evidence in the circumstances was within the discretion of the trial judge, which is owed deference, and there is no merit to this ground of appeal (*R. v. G.(S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, [1997] S.C.J. No. 70 (QL), at para. 30, and *Lempen v. R.*, 2008 NBCA 86, 338 N.B.R. (2d) 377, per Bell J.A., as he then was, at para. 20). Notice pursuant to s. 28 of the *Canada Evidence Act* was not required (see *S. Casey Hill*,

David M. Tanovich & Louis P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5th ed. (Toronto: Thomson Reuters, 2014) (loose-leaf updated 2014, release 5) ch. 24 at 19).

III. Disposition

[16] The trial judge drew inferences from the evidence and made findings of fact. Inferences are conclusions drawn from facts. The standard of appellate review on findings of fact is palpable and overriding error. From the evidence, I conclude the trial judge made no palpable and overriding error in drawing inferences from the facts: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10 and 19.

[17] Further, an appellate court is not at liberty to overturn findings of credibility simply because it would have come to a different conclusion: *Gillis v. R.*, 2014 NBCA 58, [2014] N.B.J. No. 242 (QL), at paras. 74-75, leave to appeal refused [2014] S.C.C.A. No. 496 (QL). In addition, the standard for appellate review on the basis of evidential misapprehension is “stringent” (*Gillis*, at paras. 76-78).

[18] Applying the above, I would not interfere with the trial judge’s findings of fact. I conclude there was no misapprehension of the evidence by the trial judge, and the verdict is reasonable.

[19] I would dismiss the appeal against conviction.

La juge Baird

I. Introduction et résumé des faits

[1] L'appelant, Daniel Ray Downey, a subi son procès, a été déclaré coupable d'une infraction criminelle et a reçu sa peine. Il a demandé à être mis en liberté en attendant la décision de son appel. À l'audience qui portait sur sa mise en liberté provisoire, M. Downey a déposé un document fabriqué (monté de toutes pièces) qui, s'il avait été authentique, aurait renforcé sa prétention selon laquelle le ministère public avait procédé à une communication tardive de la preuve pour ce qui est du procès initial. Il a par la suite été déclaré coupable d'avoir tenté d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice en fabriquant de la preuve, infraction prévue au par. 139(2) du *Code criminel* du Canada, et a reçu une peine d'emprisonnement de six mois. Il interjette appel de cette déclaration de culpabilité.

[2] M. Downey a fait valoir les moyens d'appel suivants :

[TRADUCTION]

1. Le juge du procès a commis une erreur de droit en ne s'assurant pas que l'appelant était représenté par un avocat au procès et a commis une autre erreur en imposant des limites à la défense. En agissant ainsi, il n'a pas permis à l'appelant de présenter une défense pleine et entière, ce qui constitue une violation du droit garanti à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
2. Le juge du procès a commis une erreur de droit en admettant en preuve (des pièces);
3. Le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de rejeter les accusations portées contre l'appelant en raison du retard à instruire le procès imputable au ministère public – al. 11b) de la *Charte des [droits]*;

4. [Nouvelle] preuve;
5. Le juge a commis une erreur en ne [tenant] pas compte de tous les [faits];
6. Erreurs judiciaires;
7. Question mixte de droit [et de fait].

Ces dernières questions n'ont pas été présentées en détail, lors de l'audition de l'appel, à titre de moyens d'appel et elles ne seront pas examinées.

II. Analyse et décision

A. *Retard à instruire l'affaire*

[3] L'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, [1990] A.C.S. n° 106 (QL), portait sur les retards ou délais institutionnels au regard de l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La majorité a conclu que les facteurs qui suivent doivent être pris en considération :

1. la longueur du retard;
2. l'explication du retard;
3. la renonciation;
4. le préjudice subi par l'accusé.

[4] Dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, [1992] A.C.S. n° 25 (QL), la majorité a adopté une démarche élargie. Les juges La Forest, Sopinka, Stevenson et Iacobucci ont convenu que l'al. 11*b*) de la *Charte* devait être appliqué globalement. Cette démarche a été suivie par le juge Bell, (tel était alors son titre), dans l'arrêt *R. c. Lanteigne*, 2010 NBCA 91, 366 R.N.-B. (2^e) 1 :

La jurisprudence pertinente concernant le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est énoncé dans les arrêts *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, [1990] A.C.S. n° 106 (QL); *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, [1992] A.C.S. n° 25 (QL), aux par. 31 à 64, et *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; elle a été réitérée par notre Cour dans les arrêts *Giberson c. R.*, 2010 NBCA 19, 356 R.N.-B. (2^e) 196, au

par. 4; *Black c. R.*, 2010 NBCA 65, [2010] A.N.-B. n° 287 (QL), au par. 13; et *Black c. R.*, 2010 NBCA 36, [2010] A.N.-B. n° 171 (QL) [*Black (I)*]. Il est maintenant bien établi en droit que le juge du procès doit prendre les facteurs suivants en considération pour déterminer si un retard ou un délai viole le droit que l'al. 11*b*) de la *Charte* confère à l'accusé :

1. La longueur du retard;
2. La renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul;
3. Les raisons du retard, notamment :
 - a. les délais inhérents à la nature de l'affaire,
 - b. les actes de l'accusé,
 - c. les actes du ministère public,
 - d. les limites des ressources institutionnelles,
 - e. les autres raisons;
4. Le préjudice subi par l'accusé.

On peut inférer qu'il y a préjudice lorsque le retard ou le délai est excessif : *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, [1989] A.C.S. n° 119 (QL), au par. 42; *Askov*, au par. 67; *Morin*, au par. 61; *Godin*, aux par. 34 et 37; et *Giberson c. R.*, 2010 NBCA 19, 356 R.N.-B. (2^e) 196, au par. 6.

La norme de contrôle dans une affaire relevant de l'al. 11*b*) est habituellement celle qui a été énoncée dans l'arrêt *R. c. Gray*, 2001 NBCA 51, 239 R.N.-B. (2^e) 83 (et adoptée dans l'arrêt *Giberson*, au par. 2) :

La question de savoir si un délai est déraisonnable au sens de l'al. 11*b*) de la *Charte* est, dans une large mesure, une question de fait. À défaut d'une erreur par le juge de première instance par rapport aux principes de droit pertinents, cette Cour doit faire preuve de retenue lorsqu'elle est invitée à infirmer une décision portant qu'il y a eu violation du droit de l'inculpé à être jugé dans un délai raisonnable.
[Par. 6]

En l'espèce, toutefois, on demande à la Cour de répondre à une pure question de droit, savoir si la période qui s'écoule pendant un arrêt des procédures ordonné en vertu de l'art. 579 devrait être attribuée au ministère public aux fins d'évaluer le caractère raisonnable d'un délai. Pour ce qui

concerne cette question bien précise, la norme est celle de la décision correcte. [Par. 9 à 11]

En règle générale, un retard institutionnel soulève la question de l'équité du procès, laquelle doit être examinée en contexte.

[5] À partir de la date de la première comparution en Cour provinciale, des demandes d'ajournement ont été présentées à la fois par M. Downey et le ministère public. M. Downey a soulevé la question du retard au début du procès; toutefois, la question a été soulevée relativement à son incapacité de pouvoir obtenir et signifier des assignations de témoin à temps. De nouveau, à la fin de la présentation de sa preuve, M. Downey a affirmé qu'il y aurait un retard additionnel si la Cour accueillait la motion du ministère public visant à présenter une contre-preuve. Je note, entre parenthèses, qu'il s'agissait d'une période de quelques jours seulement, mais M. Downey a en fait soulevé la question. Pendant le procès, il a admis avoir été la cause d'un des ajournements : [TRADUCTION] « et cela, je sais que c'est principalement de ma faute, dans une certaine mesure [...] ».

[6] La demande de suspension de l'instance présentée au titre de l'al. 11*b*) de la *Charte* a été soulevée par M. Downey pour la première fois en appel. Il n'a jamais demandé une suspension de l'instance au motif que son droit à être jugé dans un délai raisonnable, garanti par la *Charte*, avait été violé; par conséquent, le juge du procès n'a jamais été prié de trancher cette question. Puisque le juge du procès n'a jamais été saisi de la question du retard institutionnel, il n'y a aucune décision sur cette partie de l'appel à réviser. Même si la question avait été soulevée, aucune preuve ne porte à croire que M. Downey a subi un préjudice et n'a pas bénéficié d'un procès équitable en raison de plusieurs ajournements accordés à la demande des deux parties.

B. *Avocat rémunéré par l'État*

[7] M. Downey affirme que sa déclaration de culpabilité devrait être annulée au motif qu'il n'a pas eu droit aux services d'un avocat rémunéré par l'État, ce qui l'a

privé de son droit à un procès équitable, droit qui lui est garanti par l'article 7 de la *Charte*. Il soutient qu'il n'était pas en mesure de présenter une défense pleine et entière de façon efficace. En règle générale, il incombe à l'accusé de prouver qu'il ne peut pas bien se représenter lui-même au procès et que, dans l'intérêt de la justice, il doit pouvoir bénéficier des services d'un avocat rémunéré par l'État : *R. c. Rowbotham*, [1988] O.J. No. 271 (C.A.) (QL).

[8] Dans l'arrêt *LeBlanc c. R.*, 2005 NBCA 6, 279 R.N.-B. (2^e) 121, motifs du juge Deschênes, autorisation de pourvoi refusée [2011] C.S.C.R. n^o 214 (QL), la Cour a indiqué au par. 8 que, dans le cas où un accusé demande l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État, le juge doit généralement considérer les facteurs suivants :

1. la gravité de l'infraction reprochée;
2. le risque d'emprisonnement;
3. la complexité de l'instance;
4. la durée du procès;
5. la capacité de l'accusé d'assurer sa propre défense.

[9] De plus, l'assertion de l'intimée selon laquelle il n'y a pas de droit « absolu » à l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État concorde avec ce qu'a déclaré notre Cour dans *R. c. Osborne*, 2003 NBCA 86, 268 R.N.-B. (2^e) 184. Dans *Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick c. R. et Koumoutsidis*, 2006 NBCA 32, 297 R.N.-B. (2^e) 186, le juge Richard a réitéré ce qui précède et a ajouté ce qui suit :

En l'espèce, M. Koumoutsidis n'a présenté aucune preuve devant la Cour du Banc de la Reine visant à établir que sa représentation par un avocat était essentielle à la tenue d'un procès équitable, ou montrant qu'il ne dispose pas des ressources financières nécessaires pour pouvoir préparer une défense convenable. [...] [Par. 10]

[10] Au début du procès, le juge a demandé à M. Downey s'il se représentait lui-même. Lorsqu'il a confirmé que c'était le cas, il a ajouté que sa demande d'aide juridique avait été refusée. Il n'a fait aucune mention d'un appel de ce refus, mais il a informé le juge qu'il souffre d'un trouble d'apprentissage et de dyslexie et qu'il avait eu

recours aux services d'un avocat privé à un moment donné. M. Downey n'a pas demandé l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État.

[11] La question de l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État a été soulevée pour la première fois par M. Downey en appel. Le juge du procès n'a mené aucune enquête à ce sujet en l'espèce puisque M. Downey n'avait pas saisi la Cour de cette question. En fait, même s'il avait soulevé la question, il est peu probable que la Cour ait ordonné que les services d'un avocat rémunéré par l'État lui soient fournis. Le procès n'était ni complexe ni long. M. Downey a eu la possibilité de présenter sa preuve et il n'y a rien qui porte à croire qu'il n'a pas bénéficié d'une audience équitable. Tout au long du procès, le juge était attentionné et respectueux et, à l'occasion, il a fourni des explications à M. Downey au sujet de la preuve sans lui donner des conseils en tant que tels. La Cour disposait d'une preuve suffisante pour lui permettre de bien trancher les questions.

[12] En ce qui concerne à la fois le retard à instruire le procès et l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État, il y a trois conditions préalables qui doivent être remplies pour que soit permise la présentation, pour la première fois en appel, d'une nouvelle question, y compris une contestation fondée sur la *Charte* : 1) la preuve doit être suffisante pour trancher la question; 2) il ne doit pas s'agir d'un cas où l'accusé n'a pas, pour des motifs de stratégie, soulevé la question au procès; 3) l'accusé ne doit pas subir un déni de justice si l'examen de la nouvelle question n'est pas permis en appel (*R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918, [1993] A.C.S. n° 82 (QL), au par. 20). Ces conditions militent contre la position de l'appelant en l'espèce et ont été retenues par notre Cour dans bon nombre de décisions récentes : *Brooks c. Barreau du Nouveau-Brunswick et autres*, 2015 NBCA 18, [2015] A.N.-B. n° 78 (QL), au par. 3; *Langlais c. R.*, 2008 NBCA 20, 328 R.N.-B. (2^e) 201, au par. 5; *Black c. R.*, 2010 NBCA 36, 360 R.N.-B. (2^e) 132, au par. 3, autorisation de pourvoi refusée [2010] C.S.C.R. n° 325 (QL); *Black c. R.*, 2010 NBCA 65, 363 R.N.-B. (2^e) 316, au par. 5, autorisation de pourvoi refusée [2010] C.S.C.R. n° 469 (QL); *Hachey c. R.*, 2012 NBCA 14, 383 R.N.-B. (2^e) 197, au par. 5; *C.M.H. c. J.R.H.*, 2012 NBCA 71, 393 R.N.-B. (2^e) 154, au par. 29; *Downey c. R.*, 2012 NBCA 78, 392 R.N.-B. (2^e) 238, au par. 6.

C. *Partialité de la part du juge du procès*

[13] M. Downey prétend que le juge du procès était partial du fait qu'il avait connaissance de son casier judiciaire. Il n'y a rien dans la preuve qui appuie une telle prétention et, à mon avis, celle-ci est sans fondement et ne satisfait pas au critère de la partialité énoncé dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, [1997] A.C.S. n° 84 (QL).

D. *Pouvoir discrétionnaire du juge du procès en ce qui concerne la [nouvelle] preuve et les pièces*

[14] Le substitut du ministère public a demandé l'autorisation de présenter de la contre-preuve soi-disant afin de réfuter la preuve des témoins de la défense au sujet de la nature des renseignements qui avaient été envoyés au bureau de la registraire de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et de la date à laquelle ceux-ci avaient été envoyés. M. Downey prétend que cette preuve aurait pu être présentée par le ministère public dans le cadre de sa preuve principale et que, de plus, on ne lui a pas donné l'avis que prescrit l'art. 28 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.

[15] La registraire, appelée comme témoin en contre-preuve, a témoigné au sujet du contenu de son dossier et a confirmé quels étaient les documents qui avaient été télécopiés à son bureau avant l'audience portant sur la mise en liberté provisoire. M. Downey a eu l'occasion de contre-interroger la registraire mais il a refusé de le faire. Le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire, lequel commande la déférence, d'accepter la contre-preuve dans les circonstances et ce moyen d'appel est donc sans fondement (*R. c. G.(S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, [1997] A.C.S. n° 70 (QL), au par. 30 et *Lempen c. R.*, 2008 NBCA 86, 338 R.N.-B. (2^e) 377, le juge Bell, tel était alors son titre, au par. 20). L'avis prévu à l'art. 28 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'était pas requis (voir l'ouvrage de S. Casey Hill, David M. Tanovich & Louis P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, 5 éd. (Toronto : Thomson Reuters, 2014) (feuilles mobiles, mise à jour 2014, version 5) ch. 24 au 19).

III. Dispositif

[16] Le juge du procès a tiré des conclusions de fait et des inférences à partir de la preuve. Les inférences sont des conclusions tirées à partir des faits. La norme de contrôle applicable en appel pour ce qui concerne les conclusions de fait est celle de l'erreur manifeste et dominante. À la lumière de la preuve, je conclus que le juge du procès n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en tirant des inférences à partir des faits : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux par. 10 et 19.

[17] De plus, une cour d'appel ne saurait infirmer des conclusions concernant la crédibilité pour la simple raison qu'elle en serait arrivée à une conclusion différente : *Gillis c. R.*, 2014 NBCA 58, [2014] A.N.-B. n° 242 (QL), aux par. 74 et 75, autorisation de pourvoi refusée [2015] C.S.C.R. n° 496 (QL). Par ailleurs, la norme qui régit l'intervention en appel pour cause d'interprétation erronée de la preuve est « stricte » (*Gillis*, aux par. 76 à 78).

[18] Si j'applique ce qui précède, je ne modifierais pas les conclusions de fait du juge du procès. Je conclus que le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation de la preuve et que le verdict est raisonnable.

[19] Je rejetterais l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité.